

**REVISTA DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL**

Nº 4 ENERO - JULIO 2001



CONTENIDO

<p>REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL N° 9 enero-diciembre 2004</p>
--

Acción por Inconstitucionalidad por omisión vs. acción por carencia: Contribución al estudio de sus diferencias procesales /
Ricardo ANTELA GARRIDO.-- pp. 7-34

El Habeas Data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado / Víctor BAZAN.-- pp. 35-72.

Las coacciones físicas moderadas en Israel. Estado de la cuestión /
Omar BOHORQUES MAHECHA.-- pp. 73-84.

Arbitrajes en contratos de interés público de naturaleza comercial internacional / Ramón J. ESCOVAR ALVARADO.-- pp. 85-104.

Interpretación y revisión a la manera constitucional Venezolana /
Ramón ESCOVAR LEON.-- pp.105-158.

Control difuso y control concentrado de la constitucionalidad de las leyes / María G. FARIAS RODRIGUEZ.-- pp. 159-188.

Presidencialismo y gobernabilidad democrática en América Latina /
Julio C. FERNANDEZ TORO.-- pp.189-214.

El extranjero y sus derechos en el sistema constitucional español /
Ángela FIGUERUELO BURRIEZA.-- pp. 215-232.

Régimen de competencias constitucionales y legales atribuidas al poder público nacional y municipal por la Constitución de 1999 y las normas legales vigentes en el sector eléctrico en Venezuela / Álvaro GARRIDO LINGG; Juan D. ALFONZO PARADISI.-- pp. 233-252

El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: El estado actual de la cuestión / José V. HARO G.-- pp. 253-276

El control de la constitucionalidad del derecho extranjero. Una perspectiva desde el derecho venezolano / Giancarlo HENRIQUEZ MAIONICA.-- pp. 277-305.

El control de la constitucionalidad del derecho extranjero. Una perspectiva desde el derecho venezolano / Giancarlo HENRIQUEZ MAIONICA.-- pp. 277-305.

Acción de inconstitucionalidad por omisión vs. Acción por carencia: Contribución al estudio de sus diferencias procesales

*Ricardo Antela Garrido**

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. PROCEDIMIENTO APLICABLE

- 1. El procedimiento de la acción por carencia*
- 2. El procedimiento de la acción de inconstitucionalidad por omisión*
- 3. Los matices de esta diferencia*

II. PRESUPUESTO PROCESAL: OBJETO DE LA PRETENSIÓN

- 1. El objeto de la pretensión en la acción por carencia*
- 2. El objeto de la pretensión en la acción de inconstitucionalidad por omisión*
- 3. Los matices de esta diferencia*

III. COMPETENCIA

- 1. La competencia para conocer de la acción por carencia*
- 2. Soluciones jurisprudenciales a las omisiones legislativas en materia de jurisdicciones administrativa y electoral:
Repercusiones sobre la acción por carencia*
- 3. La competencia en la acción de inconstitucionalidad por omisión*

IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA

V. CADUCIDAD

VI. CONTENIDO DE LA SENTENCIA

INTRODUCCIÓN

La doctrina parece ser unánime al señalar que, la acción por carencia existe en Venezuela desde 1925, incluso con anterioridad al *recours en carence* consagrado en el Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957, que instituyó la Comunidad Económica Europea¹. En efecto, dicha acción aparece consagrada originalmente en el artículo 11.19 de la Ley Orgánica de la Corte Federal (1925), que atribuía competencia a dicha Corte para “[c]onocer de la negativa de los funcionarios federales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes federales cuyo cumplimiento no esté atribuido a otro tribunal”, posteriormente

* El autor es abogado, graduado *Cum Laude* en la Universidad Católica Andrés Bello en 1993, cursante de la Especialización en Derecho Administrativo en dicha Universidad, y ocupa el cargo de Consultor Jurídico en la Universidad Nacional Abierta.

¹ Moles C., A. (1997). Rasgos generales de la jurisdicción contencioso-administrativa (Conferencia dictada el 03 de marzo de 1977, en el marco del curso: El control jurisdiccional de los poderes públicos). *Estudios de Derecho público*. Comp: Oswaldo Acosta-Hoenicka. 383-395. Caracas: Universidad Central de Venezuela. Pág. 393.

reproducido en el artículo 7.23 de la subsiguiente Ley Orgánica del Corte Federal (1953).²

La Ley de 1953 estuvo vigente hasta la promulgación de la recientemente derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (1976. LOCSJ)³, que atribuyó competencia a la extinta Corte Suprema de Justicia (CSJ) en Sala Político-Administrativa (SPA) para “[c]onocer de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales a cumplir determinados actos a que están obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas” (Arts. 42.23 y 43); y a los Tribunales Superiores con competencia en lo Civil, para conocer “[d]e la abstención o negativa de las autoridades estatales o municipales a cumplir determinados actos a que están obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas” (Arts. 181 y 182.1).⁴

Como acertadamente lo destaca la doctrina, los Textos Legales precedentemente citados conferían competencia a la jurisdicción administrativa para conocer de la abstención o negativa de los funcionarios públicos a cumplir determinados actos a que estuvieran obligados por las leyes, “no obstante, no se desarrollaba el contenido, alcance y consecuencias de tal control”⁵. Resultado de lo anterior es que,

Este vehículo adjetivo permaneció aletargado por algún tiempo, hasta que *fue desarrollado a través de pronunciamientos jurisprudenciales*, teniendo como punto de partida los fallos dimanados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, alrededor del inicio de la década de los años ochenta, casi coetáneamente con las decisiones dimanadas por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en torno a la misma materia.⁶ (Itálicas añadidas).

Finalmente, la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2004. LOTSJ)⁷ ratificó la existencia de la acción por carencia, pues confirmó la competencia del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en SPA para “[c]onocer de la abstención o negativa” proveniente del Presidente y

² Vid. Urosa M., D. (2003). *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho español y venezolano*. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Pág. 149.

³ *Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 1893 (Extraordinario)*. Julio 30, 1976.

⁴ Este régimen competencial obraba sin perjuicio de la competencia establecida en leyes especiales, tales como, la prevista en los artículos 235 y 240 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (1998), que atribuyó competencia a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Políticoadministrativa para conocer de las omisiones en materia electoral; entre otras.

⁵ Urosa M., *Op. Cit.*, Pág. 149.

⁶ Carrillo A., C. L. (1998). *El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los funcionarios públicos*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. Pág. 19.

⁷ *Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 37942*. Mayo 20, 2004.

del Vicepresidente Ejecutivo de la República, de los Ministros del Ejecutivo Nacional, de las máximas autoridades de los demás organismos de rango constitucional con autonomía funcional, financiera y administrativa, y del Alcalde del Distrito Capital (*sic*), a cumplir específicos y concretos actos a que estén obligados por las Leyes. (*Vid.* Artículos 5/1.26 y 5/2).⁸

No obstante lo anterior, la regulación de la acción de carencia en la LOTSJ tuvo inferior alcance al previsto en la Ley derogada puesto que, no reeditó el régimen transitorio que sobre la jurisdicción administrativa contenía la derogada LOCSJ, por lo tanto, no reprodujo los artículos 181 y 182.1 de esta última, los cuales –como ya se escribió– atribuían competencia a los Tribunales Superiores Civiles para conocer de las abstenciones de los funcionarios estatales y municipales. Ergo, salvo el desarrollo jurisprudencial reciente, aparentemente quedó suprimida la acción por carencia contra funcionarios estatales y municipales.

A diferencia de la acción por carencia, la llamada acción de inconstitucionalidad por omisión es una institución procesal inédita, pues consiste en una “novedosa forma de control constitucional que tiene su fundamento en el principio de la supremacía constitucional y la consiguiente subordinación del legislador, como poder constituido y limitado, al programa normativo contenido... en la Constitución”⁹. Se trata de un medio procesal desconocido para el Derecho procesal venezolano hasta 1999, cuando quedó expresamente consagrado en el artículo 336.7 de la Constitución de ese año¹⁰, el cual atribuyó competencia al TSJ en Sala Constitucional para “[d]eclarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional”, cuando se abstenga de dictar las normas o las medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta.

Este medio procesal estuvo inactivo por algún tiempo, no obstante y pese al déficit de una ley que regule los procedimientos ante la jurisdicción constitucional, la acción fue desarrollada a través de diversos fallos jurisprudenciales, todos emanados del TSJ en Sala Constitucional, a la cual compete en forma exclusiva el conocimiento de esta acción.

⁸ En atención a la pésima técnica legislativa empleada en la reciente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, caracterizada por renunciar a la clásica y conveniente sistematización de un texto legal en Títulos, Capítulos y Secciones, y a los efectos de simplificar la cita de las disposiciones contenidas en dicha Ley, los párrafos de cada artículo serán indicados mediante una barra diagonal (/) y los numerales u ordinales mediante un punto (.).

⁹ Combellas, R. (2001). *Derecho constitucional: Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Caracas: Mc Graw Hill. Pág. 238.

¹⁰ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5453 (Extraordinario), Marzo 3, 2000.

Con posterioridad a estos fallos, se promulgó la LOTSJ, cuyos artículos 5/1.12 y 5.2 ratificaron la competencia establecida en el artículo 336.7 Constitucional, empero, el artículo 5/1.13 amplió el objeto de la pretensión al conferirle competencia al TSJ en Sala Constitucional para “[d]eclarar la inconstitucionalidad de las omisiones de cualquiera de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango nacional”, si incumplen obligaciones o deberes establecidos directamente por la Constitución de la República.

Salvo por el raro intento de limitar los poderes del TSJ en la fijación de los lineamientos correctivos de las omisiones de algún Poder Legislativo, y por el ensanchamiento de la acción hacia las omisiones de los demás órganos del Poder Público nacional, distintos al Poder Legislativo, la LOTSJ carece de aportes en cuanto al contenido, alcance y consecuencias de la acción de inconstitucionalidad por omisión.

Ambas acciones, la de ilegalidad por carencia y la de inconstitucionalidad por omisión, constituyen medios de tutela judicial frente a la inactividad de los órganos del Poder Público, siendo pertinente abordar las diferencias de orden procesal o adjetivo que existen entre ambas acciones, teniendo en consideración que, como ya pudo colegirse de esta Introducción, las características de ambas acciones dimanar fundamentalmente de la jurisprudencia, salvo en aquello que la LOTSJ y la Constitución se ocuparon de precisar, como por ejemplo, el objeto de la pretensión y la competencia.

I. PROCEDIMIENTO APLICABLE

Lógicamente, para establecer las diferencias de orden procesal entre las acciones de inconstitucionalidad por omisión y de ilegalidad por carencia, deben examinarse los procedimientos instituidos para el trámite de cada una, empero, ni la LOTSJ ni la Constitución establecen los procedimientos que debe seguir el Supremo Tribunal –en Sala Constitucional o en SPA, según sea el caso– para tramitar ambas acciones.

Para solucionar ambas deficiencias legislativas, tanto la Sala Constitucional como la SPA han ejercido la potestad conferida al TSJ por el artículo 102 de la derogada LOCSJ –equivalente al artículo 19/2 de la vigente LOTSJ– para determinar cuál es el procedimiento aplicable en ambos casos.

En efecto, el referido artículo 102 establecía que, cuando en la LOCSJ, ni en otras leyes nacionales se previera un procedimiento especial a seguir, la Corte podía aplicar el que juzgara más conveniente, de acuerdo con la naturaleza del caso. Esta misma facultad quedó reeditada en el artículo 19/2 de la LOTSJ, según el cual, cuando el ordenamiento jurídico no contemple un procedimiento especial a seguir, “*[el Tribunal] podrá aplicar el que juzgue más conveniente para la realización de la justicia, siempre que tenga su fundamento jurídico legal*”.

Fue así como, con anterioridad a la reciente LOTSJ, tanto la extinta CSJ como luego el TSJ en SPA, fue constante en privilegiar la aplicación del

procedimiento de nulidad de actos particulares, tal como se deriva de los fallos emblemáticos que la doctrina ha reseñado¹¹.

Puede entonces afirmarse que *tradicionalmente e incluso en la actualidad, el régimen aplicable al recurso por abstención o carencia ha sido el propio de la pretensión de nulidad de actos administrativos de efectos particulares...* [E]llo ha significado no solo la aplicación analógica del procedimiento a seguir, sino también de las causales de admisibilidad del proceso...¹² (Itálicas añadidas).¹³

Con respecto a la acción de inconstitucionalidad por omisión, Casal propuso, aparentemente antes que el TSJ fijara posición en torno al tema, que "*[a] falta de una regulación legal sobre el procedimiento aplicable, puede acudirse analógicamente a las reglas procesales relativas a los*

¹¹ Los del 13 de junio de 1991 (caso: *Rangel Bourgoïn*); del 14 de agosto de 1991 (caso: *Rosa González*); del 04 de marzo de 1993 (caso: *Jean Marie Mirtho*); del 07 de octubre de 1999 (caso: *Jubilados y pensionados del Ministerio de Educación*); del 25 de noviembre de 1999 (caso: *Gustavo Linares*); del 10 de abril del 2000 (caso: *Instituto Educativo Henry Clay*); del 23 de mayo del 2000 (caso: *Sucesión Aquiles Monagas*); y del 29 de junio del 2000 (caso: *Francisco Pérez de León*). (Vid. Carrillo A. *Op. Cit.*, Pág. 55; y Urosa M. *Op. Cit.*, Pág. 167).

¹² Urosa M., *Op. Cit.*, Pág. 167.

¹³ Si bien fue pacífica la jurisprudencia de la CSJ-SPA, no lo fue así la de la CPCA. Inicialmente (Sentencia del 28 de agosto de 1982. Caso: *IMPROTUR*), la Corte Primera consideró que el procedimiento más conveniente para tramitar la acción por carencia era "el destinado... a la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares, adaptado desde luego, a las ya descritas peculiaridades del recurso de abstención, entre ellas la de los efectos del mismo". No obstante, luego modificó su postura y abrió un período cuyo inicio quedó marcado por la sentencia de fecha 19 de febrero de 1987 (Caso: *Inmacolata Lambertini*), en la cual estableció que, al haber seguido el juez de la primera instancia el procedimiento de amparo tributario contemplado en el Código Orgánico Tributario, se garantizaban los derechos de los partes de alegar y probar. Sin embargo, pocos meses después, mediante sentencia del 29 de agosto de 1987 (Caso: *Alfredo Yanuccí*), la Corte Primera repudió la aplicación del procedimiento de amparo tributario pues, en criterio de la mayoría, este procedimiento no prevé la notificación a los terceros interesados legítimos, quienes por tal razón se ven privados de reclamar oportunamente sus intereses, y así lo confirmaría posteriormente en la sentencia del 18 de agosto de 1988, agregando en este caso que la aplicación de procedimientos breves debía ajustarse a la naturaleza de la pretensión, y que el procedimiento de nulidad contemplado en la entonces vigente LOCSJ "es perfectamente adecuado para el recurso por abstención, o negativa y garantiza en la medida que la naturaleza del caso lo amerite, adecuar el procedimiento a cada caso concreto".

Visto el asunto en perspectiva histórica, puede decirse que los partidarios de aplicar el procedimiento del amparo tributario tenían razón ya que, según el decir reciente del TSJ en Sala Constitucional, refiriéndose a la acción por carencia, "la satisfacción de toda pretensión de condena y, en especial, la condena a actuación, *exige prontitud y urgencia en la resolución judicial*", ello en resguardo del derecho a la tutela judicial efectiva, "bajo riesgo de que el sujeto lesionado pierda el interés procesal en el cumplimiento administrativo por el transcurso del tiempo" (Sentencia N° 547/2004. Itálicas añadidas).

juicios de nulidad contra actos de efectos generales", en aquel entonces establecidas en los artículos 112 y subsiguientes de la LOCSJ, "con las adaptaciones necesarias" y, eso sí, "sin perjuicio de la facultad de la Sala Constitucional de establecer el procedimiento correspondiente, con base en el artículo 102 de esta Ley" ¹⁴.

Precisamente, en ejecución de esta facultad, el TSJ en Sala Constitucional dispuso la aplicación del procedimiento de nulidad de los actos de efectos generales, señalando que,

De la norma constitucional antes transcrita se infiere la necesidad de establecer el procedimiento necesario para hacer efectiva la disposición constitucional, esto es, aquel relativo a la acción de inconstitucionalidad por omisión, función que corresponde a los órganos legislativos del Estado y que no ha sido ejecutada. No obstante, esta Sala ha asentado, como ahora lo reitera, que la normativa constitucional debe ser, en principio y salvo obstáculo insuperable, aplicada de inmediato, por lo que, de conformidad con la facultad que le deriva el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia [equivalente al artículo 19/2 de la LOTSJ], esta Sala determina que, *mientras no se haya establecido por ley el procedimiento propio de la acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo en el cumplimiento de una obligación constitucional, se le aplicará a tal pretensión el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para los juicios de nulidad de los actos de efectos generales...* (Sentencias N° 1556/2002 y 1582/2003. Itálicas añadidas) ¹⁵.

Ahora bien, durante la vigencia de la derogada LOCSJ, las posturas adoptadas por el TSJ en torno a los procedimientos que debían seguirse para tramitar la acción por carencia –el de nulidad de los actos de efectos particulares– y la acción de inconstitucionalidad por omisión –el de nulidad de los actos de efectos generales– suponían serias diferencias en la tramitación de ambas acciones pues, mientras el primero de los procedimientos estaba previsto en los artículos 121 a 129 de la mencionada Ley, el segundo estaba previsto en los artículos 112 a 120 *eiusdem*, sin perjuicio de las disposiciones comunes que resultaban aplicables en ambos casos (Arts. 130 a 137 *eiusdem*).

Esta situación varió en mayo del 2004, toda vez que, a partir de la entrada en vigencia de la LOTSJ,

¹⁴ Casal H., J. M. (2001). La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas. *Revista de Derecho constitucional*, 4. 141-187. Caracas: Editorial Sherwood. Pág. 185.

¹⁵ Tribunal Supremo de Justicia: Sala Constitucional. (2002, julio 09). N° 1556. Caso: *Alfonzo Albornoz*. Caracas. Ponente: Jesús Eduardo Cabrera. Y Tribunal Supremo de Justicia: Sala Constitucional. (2003, junio 12). N° 1582. Caso: *Hermann Escarrá*. Caracas. Ponente: Jesús Eduardo Cabrera.

*El proceso contencioso-administrativo..., ya no tiene regulaciones adjetivas diferentes según el objeto del recurso como se establecía en la Ley Orgánica de 1976. Con la Ley Orgánica del 2004, el procedimiento fue uniformizado, sea que se trate de la anulación de un acto administrativo de efectos generales, de un acto administrativo de efectos particulares o de un acto administrativo bilateral (contratos públicos), dejándose a salvo, por supuesto, aspectos específicos como la legitimación, el lapso de caducidad y otros....*¹⁶ (Itálicas añadidas).

Así lo ha reconocido recientemente el TSJ en Sala Constitucional, al expresar que,

Los dos procedimientos principales que contenía la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia eran el concebido para tramitar la demanda de anulación de actos de efectos generales y el establecido para el caso de la impugnación de actos de efectos particulares. *La ley vigente eliminó esa distinción, estableciendo reglas comunes, salvo aspectos sólo aplicables a un caso (como la petición de antecedentes administrativos) y dejando también a salvo la existencia de ciertas especificidades (como la legitimación y los plazos, más restringidos, como es natural, para la demanda contra actos individuales).*¹⁷ (Itálicas añadidas).

Lo anterior quiere decir que, salvo los aspectos claramente diferenciados en la reciente LOTSJ, ya no existen diferencias de orden adjetivo o procesal en la tramitación de las acciones por carencia y de inconstitucionalidad por omisión, al menos no de acuerdo con lo establecido en la citada Ley Orgánica.

Ahora bien, en la recientemente citada sentencia (la N° 1645/2004), el TSJ en Sala Constitucional señaló que la reciente LOTSJ logró, pero sólo parcialmente, incorporar el principio de oralidad procesal (Artículo 257 Constitucional), destacando que, salvo la oralidad de los Informes (Artículo 19/9), en el resto del Texto Legal la oralidad está ausente del proceso. En criterio de la Sala Constitucional, esta carencia "constituye un apartamiento de la voluntad del Constituyente, que ha querido un proceso fundamentalmente oral y no sólo de manera muy parcial", razón por la cual, la Sala estimó prudente "*regular el procedimiento*" de forma tal que satisfaga, además del principio de la oralidad, "otros dos principios procesales: el de concentración y el de inmediatez", a cuyo efecto, la Sala, intentando –según su decir– integrar las normas y dar coherencia al

¹⁶ Brewer C., A. R. (2004). El Tribunal Supremo de Justicia y los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso-administrativos. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. 9-281. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. Pág. 183.

¹⁷ Tribunal Supremo de Justicia: Sala Constitucional. (2004, agosto 19). N° 1645. Caso: *Contraloría General del Estado Falcón*. Caracas. Ponente: Antonio García García.

procedimiento, fijó las siguientes reglas para los procedimientos que se sigan *ante la Sala Constitucional*:

1) Admitida la demanda, se harán las citaciones y notificaciones que prevé el artículo 21. En las citaciones y notificaciones se emplazará para la comparecencia ante el Tribunal. Por analogía, se concederá a todos los citados el plazo de diez días hábiles establecidos para los terceros que comparecen en virtud de la publicación del cartel. Ese plazo se contará a partir de la citación (del demandado o del Procurador General) o de la notificación (por oficio, para el Fiscal General; por cartel, para los interesados). Tanto en las citaciones como en el cartel se indicará que luego del vencimiento del lapso de comparecencia, se informará sobre la convocatoria para un acto público y oral.

2) A los citados y notificados se les emplazará para un acto oral, en el que se expondrán los argumentos del demandante y se precisará la controversia. La fijación de ese acto la hará el Juzgado de Sustanciación de la Sala, una vez que conste en autos la realización de todas las formalidades relacionadas con la citación y con la notificación, de manera similar a lo dispuesto en el artículo 223 del Código de Procedimiento Civil. De esta manera, una vez que venzan los diez días hábiles para todos los llamados a comparecer, el Juzgado de Sustanciación dará por precluida la oportunidad para hacerlo y dictará el auto convocando para un acto oral y público. El plazo para dictar ese auto será de tres días, por aplicación del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil. Previo a la realización de dicho acto, la Sala calificará el interés de los terceros que pretendan hacerse parte en el proceso.

El acto público y oral se desarrollará –prosigue la Sala Constitucional– en la forma siguiente:

3) En el acto público, que se realizará ante la Sala directamente, el actor expondrá brevemente los términos de su demanda y el demandado opondrá las defensas previas que estime pertinentes. El demandado podrá consignar escrito con sus defensas de fondo, a fin de que se agregue a los autos y sirva para el estudio del expediente durante la relación de la causa. Idéntico poder tendrá la Procuraduría General de la República y el Ministerio Público. De ser aceptada la intervención de terceros, éstos expondrán de manera breve sus argumentos a favor o en contra de la demanda y podrán consignar escrito contentivo de su criterio respecto del mérito de la controversia. El Presidente de la Sala, según la complejidad del caso, fijará al inicio del acto el tiempo que se concederá a cada parte, sin que nunca pueda ser inferior a los diez minutos.

Continúa la Sala explicando que, las incidencias que surjan en el acto oral y público darán origen a los siguientes trámites:

4) De existir defensas que deban ser resueltas de manera inmediata, por referirse a la competencia del tribunal o la admisibilidad del recurso, los Magistrados se retirarán a deliberar. Una vez logrado el acuerdo sobre el aspecto planteado, se reiniciará el acto y el Presidente de la Sala lo comunicará a las partes y quedará asentado en el acta. Si la Sala estimase necesario suspender el acto para resolver la defensa opuesta, se hará una nueva convocatoria, la cual deberá hacerse dentro de los diez días de despacho siguientes. En caso de suspensión del acto, las partes podrán presentar, dentro de los tres días de despacho siguientes, los escritos sobre la defensa opuesta, a fin de ilustrar el criterio de la Sala.

5) En caso de que no se planteen defensas o de que sean resueltas en el mismo acto, continuará el acto público y se interrogará a las partes acerca de su interés en la apertura del lapso probatorio. Si alguna de ellas la solicita, deberá indicar los hechos que estima necesario probar e informará acerca de las pruebas que estime pertinentes. El Tribunal se pronunciará, en el mismo acto, acerca de la necesidad de probar los hechos indicados por la parte solicitante. Cualquiera de las partes podrá, en el mismo acto, promover las pruebas, sin limitarse sólo a anunciarlas a la Sala. De ser necesario, el Tribunal se pronunciará sobre la admisibilidad de las mismas. Las pruebas admitidas se entregarán al Secretario de la Sala, quien las agregará luego a los autos. Si las partes manifiestan que todas las pruebas serán promovidas exclusivamente en ese acto, la Sala declarará innecesario el lapso legal para la promoción posterior. De no abrirse entonces lapso para la promoción, comenzará a correr el lapso para la evacuación de las pruebas que lo requieran, contenido en el artículo 21 de la Ley el cual se aplicará por analogía. De no haber necesidad de evacuación, la Sala declarará ello expresamente y dará por concluida la tramitación de las pruebas. La oposición tanto de la admisión como de la orden de evacuación a las pruebas se formulará y resolverá en el mismo acto, para lo cual los Magistrados podrán retirarse a deliberar.

Finalmente, según el fallo de la Sala Constitucional, el procedimiento terminará de sustanciarse en la forma siguiente:

6) Si no hubiera promoción de pruebas o cuando hubiera vencido el lapso para evacuarlas, de ser necesario, se procederá a la designación de ponente y se dará inicio a la relación. Se suprimirá el acto de informes en los casos en que no haya pruebas, toda vez que el acto público sirve para poner a los Magistrados al tanto de la controversia y bastará dejar transcurrir

el lapso para la relación y permitir así el análisis individual o colectivo del expediente. De existir pruebas, se realizará el acto de informes orales, a fin de que las partes puedan exponer sus conclusiones sobre ellas. Al final del acto, las partes podrán consignar escrito contentivo de esas conclusiones.

7) Una vez concluida la relación, así lo hará constar la Secretaría de la Sala, dirá "vistos" y comenzará a transcurrir el plazo para la preparación del fallo. La sentencia contendrá una breve reseña de los actos del procedimiento y un resumen de los alegatos y argumentos de las partes, con exclusión de las defensas previas opuestas en el acto público, sobre las que la Sala se habrá pronunciado en su oportunidad.

Sin entrar a considerar la pertinencia o no, de lo establecido por el TSJ en Sala Constitucional, pues ello excedería el objeto del presente análisis, lo relevante aquí es que, el procedimiento establecido en la referida sentencia N° 1645/2004 es aplicable sólo a los procedimientos seguidos ante la Sala Constitucional, la cual conoce de la acción de inconstitucionalidad por omisión, mas no de la acción por carencia, motivo por el cual, es obligante concluir que, de momento,

- El régimen procesal de la acción por carencia es el previsto en los artículos 19; 20 y 21, párrafos noveno a vigésimo segundo de la LOTSJ; mientras que,

- El régimen procesal de la acción de inconstitucionalidad por omisión será el previsto en la sentencia N° 1645/2004 del TSJ en Sala Constitucional.

Naturalmente, los procedimientos podrían uniformarse nuevamente si la SPA decide vincularse al criterio establecido en la referida sentencia N° 1645/2004, vinculación esta que –en criterio del autor– debió –o deberá– imponerse por la Sala Constitucional, previa declaratoria de nulidad de los artículos correspondientes, por aplicación del artículo 5/5 de la LOTSJ.

II. PRESUPUESTO PROCESAL: OBJETO DE LA PRETENSIÓN

Sin querer profundizar en este aspecto, mucho menos hacer una apreciación crítica de las posturas doctrinal y jurisprudencial en torno al mismo, lo cual alargaría innecesariamente el presente trabajo, es menester referirlo sucintamente pues, como acertadamente lo destaca Urosa, "desde la óptica de la pretensión procesal, puede decirse que el acto, actuación o inactividad... se erige *formalmente*, como *presupuesto procesal* de la acción, y *materialmente*, como *objeto de la pretensión*"¹⁸.

De allí que, en cuanto presupuesto procesal, es requisito procesal, tanto de la acción por carencia como de la acción de inconstitucionalidad por omisión, la existencia de una lesión causada por una omisión o defecto de un órgano del Poder Público. A continuación se

¹⁸ Urosa M., *Op. Cit.* Pág. 109.

intentará caracterizar al objeto de la pretensión procesal en cada una de las acciones, a fin de establecer la distinción correspondiente.

1. *El objeto de la pretensión en la acción por carencia*

En criterio de Carrillo, los dos (2) motivos o circunstancias que justifican acudir a la acción por carencia son,

... en primer lugar, la *Negativa Expresa* del funcionario a actuar o a cumplir el acto al cual esté expresamente obligado por Ley; o en segundo lugar, la *Simple Carencia o Abstención*, entendida como una Negativa Presunta o inacción, siempre y cuando frente a ésta, exista una *obligación específica y preterdeterminada en una norma de rango legal*.¹⁹ (Itálicas añadidas).

Como lo explica Urosa, las posturas jurisprudencial²⁰ y doctrinal tradicionales en torno a la LOCSJ –en criterio del autor, remedables en torno a la LOTSJ– coincidieron en que la abstención administrativa que da origen a la acción por carencia “puede manifestarse bien como una *ausencia absoluta de actuación* o bien como una *negativa expresa de actuar*”, debiendo configurarse en todo caso,

... (i) la inobservancia de una obligación administrativa *específica o concreta*; (ii) en cumplir *determinados actos*; (iii) contenida en una *norma legal expresa*; y (iv) frente a un sujeto que tiene *derecho* a ello, esto es, en el *marco de una relación jurídico-administrativa también concreta y preexistente*...²¹

Hasta el año 2004 y con relación a lo primero, la jurisprudencia históricamente había caracterizado a la abstención como la “pasividad frente a una *obligación específica de actuación administrativa*, en contraposición al silencio administrativo que se deduce de la omisión frente a la *obligación genérica de decidir*”²², tradición esta que fue confirmada en el 2001, al excluir el TSJ en SPA del ámbito de acción por carencia, “la omisión de decisión en procedimientos administrativos de segundo grado”, pues en tal caso el afectado dispone de la ficción del silencio administrativo, “las conductas omisivas de la Administración frente a obligaciones genéricas” y “la omisión de decisión de un procedimiento de primer grado”, en cuyo caso debe accionarse por vía de amparo

¹⁹ Carrillo A., *Op. Cit.* Pág. 33.

²⁰ *Vid.* Sentencias de la extinta CSJ en SPA, de fecha 28 de febrero de 1985 (caso: *Eusebio Vizcaya*), y de fecha 03 de octubre de 1985 (caso: *Iván Pulido Mora*).

²¹ Urosa M., D. (2003). *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho español y venezolano*. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Pág. 220.

²² Urosa M., D. (2003). *Op. Cit.* Pág. 221.

constitucional para resguardar el derecho constitucional de petición²³. De modo que, en la postura tradicional, obligación específica sería aquella que impone una singular y específica conducta positiva, por ser la consecuencia jurídica necesaria de un determinado hecho.

No obstante, en abril del 2004²⁴, el propio TSJ, pero en Sala Constitucional, rompió la postura pacífica de la jurisprudencia administrativa, señalando que, aun tratándose de un criterio tradicional, no podía ser compartido por dicha Sala "porque no se ajusta a los patrones constitucionales de la materia". Consideró la Sala Constitucional que la obligación administrativa de responder las solicitudes administrativas no es un "deber genérico" ya que, según su decir, i) toda obligación es específica, independientemente de la forma en que deba cumplirse y de cuantos sean los obligados; ii) Si bien son varios órganos los obligados, su deber de dar oportuna y adecuada respuesta se concreta e individualiza en el marco de cada relación jurídico-administrativa, siendo una obligación específica frente al sujeto determinado que realizó la petición administrativa; iii) Bajo el imperio de la Constitución de 1999, el derecho constitucional de petición abarca el derecho a obtener oportuna y adecuada respuesta, lo que implica el cumplimiento de los concretos lineamientos expuestos en el propio fallo; y, iv) El artículo 42.23 de la entonces vigente LOCSJ, base legal de la acción por carencia, no distinguía entre obligaciones administrativas específicas y deberes genéricos.

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a la consideración de que *el recurso por abstención o carencia es un medio contencioso administrativo que puede -y debe- dar cabida a la pretensión de condena al cumplimiento de **toda** obligación administrativa incumplida, sin que se distinga si ésta es específica o genérica*. En consecuencia, puede incluso tener como objeto la pretensión de condena a que la Administración *decida expresamente* una petición administrativa -con independencia de que otorgue o rechace el derecho solicitado- en garantía del derecho de petición.

No obstante la tesis propugnada por el TSJ en Sala Constitucional, el artículo 5/1.26 de la reciente LOTSJ pareció reafirmar la postura tradicional de la jurisdicción administrativa, al establecerse allí que la negativa debe consistir en "[in]cumplir *específicos y concretos actos*". Desde luego, si como lo dejó asentado la Sala Constitucional, esta restricción es contraria a los patrones constitucionales, estaría planteada la posible nulidad parcial de la citada disposición legal.

²³ Vid. Sentencias del TSJ en SPA, de fechas 10 de abril del 2000, caso: *Instituto Educativo Henry Clay*; y 23 de mayo del 2000, caso: *Sucesión Aquiles Monagas*, ambas citadas por Urosa M. (2003). *Op. Cit.* Pág. 223.

²⁴ Tribunal Supremo de Justicia: Sala Constitucional. (2004, abril 06). N° 547. Caso: *Ana Madrid*. Caracas. Ponente: Pedro Rondón Haaz.

Respecto de lo segundo –el modo de manifestar la conducta exigible– la negativa “a cumplir específicos y concretos actos” a que se refiere el artículo 5/1.26 de la LOTSJ debe tratar, más que del “incumplimiento” de determinados actos, de la “realización” de específicos y concretos actos, poniendo de relieve que el incumplimiento puede ser de un acto administrativo formal, como de una actuación simplemente material, debiendo tratarse en todo caso, de un “específico y concreto acto [jurídico o material]” que es obligatorio realizar para cumplir una obligación igualmente específica y concreta.

La tercera característica de la abstención alude al rango legal de la obligación incumplida, según lo cual, la abstención, en cuanto presupuesto procesal de la acción por carencia, debe consistir en el incumplimiento de una obligación prevista en la Ley o de un deber contenido en una norma de rango legal. De allí que el autor considera apropiado hablar de una acción de ilegalidad por carencia, de una parte, y de una acción de inconstitucionalidad por omisión, de la otra.

Con relación a la cuarta y última característica, explicó Brewer durante la vigencia de la LOCSJ (1993), y ya promulgada la vigente LOTSJ (2004) que la acción por carencia tiene su fundamento, por una parte, en el incumplimiento de la Administración, por la otra, “en el derecho de un sujeto de derecho a que la Administración cumpla los actos a que está obligada”, razón por la cual,

... en la base de este recurso está una relación jurídica (deber-poder) específica, que se concreta en una obligación también específica de la Administración de actuar, frente a una situación jurídica, asimismo específica de poder de un sujeto de derecho, que se configura como un *derecho subjetivo de orden administrativo a la actuación administrativa*.... Se trata, en cambio, de una *relación obligación-derecho establecida entre la Administración y un particular*, a una actuación administrativa determinada.²⁵ (Itálicas añadidas).

2. El objeto de la pretensión en la acción de inconstitucionalidad por omisión

No obstante la indeterminación que ofrece el artículo 336.7 Constitucional, que sólo se refiere al órgano del que debe emanar la omisión –Asamblea Nacional, Consejos Legislativos estatales y Concejos Municipales–, es posible sostener que el objeto primario de la pretensión en la acción de inconstitucionalidad por omisión es la llamada “omisión legislativa (inconstitucional)”, en alusión a “una inactividad del legislador en el desempeño de la función que, a pesar de las transformaciones

²⁵ Brewer C., A. R. (1993). *Nuevas tendencias del contencioso administrativo en Venezuela*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. Pág. 116. Y (2004). *Op. Cit.* Pág. 223.

operadas en el Estado constitucional, sigue marcando la distinción de otras ramas del Poder Público: la de dictar leyes”.

La omisión legislativa inconstitucional, o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un *mandato concreto de legislar* impuesto, expresa o implícitamente por la Constitución, o cuando, en el cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber sido omitidas previsiones que la Norma Suprema exigía.²⁶

Esta caracterización es la que permite distinguir entre “omisiones absolutas”, esto es, la ausencia total de desarrollo legal de la norma legal, y “omisiones relativas”, que aluden a la regulación parcial de una materia, excluyendo supuestos o relaciones que no debieron omitirse para no romper el principio de igualdad, o al tratamiento defectuoso o incompleto de una materia que lesiona la Constitución²⁷. En criterio del TSJ en Sala Constitucional,

El presupuesto de hecho necesario será la abstinencia, inercia o inactividad del órgano legislativo, en cumplir, dentro de un plazo razonable, o dentro de un plazo predeterminado, una obligación o encargo concreto a él atribuido por la norma fundamental, de manera que se imposibilite la ejecución de las disposiciones o garantías contenidas en ella. La ausencia de desarrollo del precepto constitucional que, por ello, se haya hecho ineficaz al estar impedida su aplicación, podrá ser parcial o total, produciéndose, en el primer caso, una infracción de la garantía de trato igualitario y no discriminatorio.

Ahora bien, en cuanto presupuesto procesal de la acción de inconstitucionalidad por omisión, no toda inactividad legislativa es sin más inconstitucional, susceptible de ser accionada por esta vía. Como acertadamente lo explica el autor español Villaverde, si la inactividad del legislador fuere inconstitucional desde el mismo instante en que se produce, “al día siguiente de entrar en vigor la Constitución, el legislador y la inmensa mayoría de sus leyes incurrirían en una general inconstitucionalidad por omisión”²⁸.

La omisión, para ser inconstitucional, supone, en el caso más sencillo, que se dejó de legislar en el plazo previsto por la Constitución (*Vid.* Disposiciones Transitorias Tercera, Cuarta y Quinta). En los demás casos – cuando la Constitución no prevé un plazo o prevé uno muy genérico (*Vid.*

²⁶ Casal H., J. M. (2004). *Constitución y justicia constitucional*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. Pág. 200.

²⁷ Wessel, citado por Casal H. (2004). *Op. Cit.* Pág. 207.

²⁸ Villaverde M., I. (1997). *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Mc Graw Hill. Pág. 45.

Disposición Transitoria Sexta de la Constitución)–, hay autores que propugnan que la omisión resulta inconstitucional si se dejó de legislar “en un plazo razonable”²⁹, sin embargo, el autor coincide con el citado Villaverde, quien aclara que en tales casos, el legislador dispone de libertad para escoger el momento oportuno de legislar.

La existencia del permiso constitucional sobre la determinación del momento temporal para cumplir la encomienda constitucional hace preciso, para transformar el silencio legislativo en una omisión inconstitucional, *que ese silencio conserve o genere una situación contraria a la Constitución*. Este es el preciso instante en que se infringe la Constitución, y no a partir del cómputo de cierto plazo razonable para cumplir con el mandato o permiso constitucionales...

La transformación de un silencio legislativo en una omisión inconstitucional se produce *en el momento en que queda probada la lesión de la Constitución, y no vencido un plazo decidido por el juez constitucional*.³⁰ (Itálicas añadidas).

No obstante que el objeto central o principal de la pretensión en la acción de inconstitucionalidad por omisión es la “omisión legislativa inconstitucional” en sentido estricto, la amplitud del artículo 336.7 constitucional impone que,

... debe incluirse dentro del ámbito de ejercicio de esta acción la *falta de adopción de las “medidas” indispensables para asegurar el cumplimiento de la Constitución*, lo cual pudiera comprender la *toma de decisiones que de acuerdo con la Constitución corresponden al órgano legislativo pero que son ajenas a su función legislativa*, como la elección de ciertas autoridades.³¹ (Itálicas añadidas).

En este mismo orden de ideas, el artículo 5/1.13 de la LOTSJ amplió el objeto de la pretensión a “las omisiones de *cualquiera de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango nacional*, respecto a obligaciones o deberes establecidos directamente por la Constitución” (Itálicas añadidas), lo cual significa que debe incluirse dentro del ámbito de ejercicio de la acción de inconstitucionalidad por omisión, la *negativa expresa o simple omisión de alguno de los órganos de los Poderes Ejecutivo (nacional), Judicial, Ciudadano o Electoral, a cumplir una obligación o deber que le impone la Constitución*.

Así, el objeto de la pretensión en la acción de inconstitucionalidad por omisión podría clasificarse en tres tipos:

²⁹ Casal H. (2004). *Op. Cit.* Pág. 205.

³⁰ Villaverde. *Op. Cit.* Págs. 44 y 45.

³¹ Casal H. (2004). *Op. Cit.* Pág. 235.

i) *Omisiones legislativas en sentido estricto*: Siempre atribuibles al Poder Legislativo de alguna de las personas político-territoriales, por ejemplo, las omisiones de la Asamblea Nacional en sancionar la reforma parcial a la Ley Orgánica del Trabajo y la legislación que desarrolle los principios constitucionales sobre el régimen municipal, dentro del plazo de un (1) año contado a partir de la instalación de la Asamblea Nacional (Disposición Transitoria Cuarta, numerales 3 y 7 de la Constitución), que ya fueron declaradas inconstitucionales por el TSJ.³²

ii) *Omisiones no-legislativas de los Poderes Legislativos*: El incumplimiento por alguno de los Poderes Legislativos, de medidas particulares o concretas, necesarias para asegurar el cumplimiento de la Constitución. Por ejemplo, la omisión de la Asamblea Nacional en designar a los integrantes del Consejo Nacional Electoral, tal como lo impone el artículo 296/3 constitucional, que ya fue declarada inconstitucional por el TSJ, mediante sentencia 2073/2003.

iii) *Omisiones constitucionales de otros órganos del Poder Público Nacional*: Que pueden consistir en el incumplimiento de determinados actos jurídicos generales (normativos), de actos jurídicos particulares o de actos materiales a que estén obligados por la Constitución. Un buen ejemplo de ello sería la omisión del Poder Ejecutivo Nacional en demarcar, dentro de los dos (2) años siguientes a la vigencia de la Constitución, el hábitat indígena sobre el cual los pueblos y comunidades indígenas ejercerán el derecho de propiedad colectiva que les garantiza el artículo 119 de la Constitución (*Vid.* Disposición Transitoria Decimosegunda *eiusdem*).

3. Los matices de esta diferencia

Si como lo propugnó históricamente la jurisdicción administrativa, la acción de carencia tenía como presupuesto el incumplimiento de una obligación específica, y así parece ratificarlo la reciente LOTSJ, una primera diferencia entre dicha acción y la acción de inconstitucionalidad por omisión es que, esta última no tiene igual presupuesto ya que, tratándose de omisiones legislativas inconstitucionales en sentido estricto, la inactividad consistirá, fundamentalmente, en el incumplimiento de una obligación genérica: la de legislar.

Esta diferencia entre una y otra acción no es absoluta, tiene sus matices. Primeramente porque, aun tratándose de omisiones legislativas en sentido estricto, la Constitución podría fijar el contenido preciso del deber legislativo, tal como ocurre con la Disposición Transitoria Cuarta, numeral 3 de la Carta Magna, que no se conforma con disponer la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, sino que precisa el contenido de la misma; o con la

³² Tribunal Supremo de Justicia: Sala Constitucional. (2004, junio 12). N° 1168. Caso: *FENATRIADE*. Caracas. Ponente: José M. Delgado Ocando. Y Tribunal Supremo de Justicia: Sala Constitucional. (2003, noviembre 06). N° 3118. Caso: *Ley Orgánica del Poder Municipal*. Caracas. Ponente: Antonio García García.

Disposición Transitoria Quinta, que define el contenido de la reforma al Código Orgánico Tributario. En segundo lugar, porque la acción de inconstitucionalidad por omisión comprende pretensiones que podrían tener por objeto, la realización de actos más específicos y concretos que la simple sanción de una Ley, tales como, la demarcación del hábitat indígena (Art. 119 constitucional) o la designación de quienes integran los Poderes Ciudadano y Electoral (Arts. 279 y 296 de la Constitución). Y por último, porque la interpretación que aportó la Sala Constitucional llena de grises la distinción entre obligación genérica y obligación específica.

Otra diferencia que –en principio– puede establecerse es que, mientras el fundamento de la acción por carencia descansa en el derecho subjetivo a que la Administración cumpla los actos a que está obligada, en la existencia de una relación jurídica específica establecida entre la Administración y un particular, el fundamento de la acción de inconstitucionalidad por omisión no descansa en derecho subjetivo alguno, pese a que algunos han patrocinado la rara idea de que el ciudadano individual, como destinatario y beneficiario último de la actividad legislativa, es el titular de un derecho público subjetivo cuyo correlativo es la obligación de legislar. El autor coincide con el ya mencionado autor español Villaverde en que,

Se trata más bien de identificar al destinatario de la supuesta obligación de legislar con *la colectividad*, y a esa obligación con el *deber de no defraudar la voluntad soberana del pueblo*; o dicho en términos más precisos, la supuesta obligación no es el objeto de derecho alguno, sino un *deber de no contrariar la Constitución*, y la justicia constitucional sería un mecanismo de control, encargado de velar por el cumplimiento de ese deber.³³ (Itálicas añadidas).

Esta diferencia, sin menoscabo de su esencia, tiene sus matices, pues hay casos en que el accionante ante una omisión inconstitucional lo hace invocando algún derecho propio o algún interés más concreto que el de una simple vigilancia del deber de legislar, por ejemplo, la comunidad indígena que accione contra el incumplimiento del deber de demarcar el hábitat indígena, o el trabajador que accione contra el incumplimiento del deber de reformar la Ley Orgánica del Trabajo.

La característica que contribuye a distinguir de manera clara y definitiva la acción por carencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión refiere al rango de la obligación incumplida, en la primera, debe incumplirse una obligación prevista en la Ley o en una norma de rango legal; en la segunda, una obligación prevista en la Constitución. Aquí no caben matices. Donde haya un incumplimiento de orden constitucional, no cabrá la acción por carencia; y donde haya un incumplimiento de orden legal, no cabrá la acción de inconstitucionalidad por omisión. De allí

³³ Villaverde. *Op. Cit.* Pág. 42.

que, propiamente podría hablarse de dos (2) acciones por carencia, una de ilegalidad y otra de inconstitucionalidad. O como se escribió más arriba, de una acción de ilegalidad por carencia y de una acción de inconstitucionalidad por omisión.

III. COMPETENCIA

Otra diferencia entre las acciones de ilegalidad por carencia y de inconstitucionalidad por omisión, deriva de lo último que acabamos de reseñar, que conduce a que una se conozca en sede de jurisdicción administrativa; la otra en sede de jurisdicción constitucional.

Como se verá a continuación, el esquema competencial en la acción por carencia es complejo y, en todo caso, distribuido pluralmente: entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción electoral, por una parte; y dentro de la primera, entre tres (3) niveles de competencia distintos. Por el contrario, el esquema competencial en la acción de inconstitucionalidad por omisión, es sencillo y distribuido singularmente: se conoce únicamente en la jurisdicción constitucional, que corresponde en forma exclusiva al TSJ en Sala Constitucional.

1. La competencia para conocer de la acción por carencia

Como quedó expresado *ut supra*, según los artículos 42.23 y 182.1 de la derogada LOCSJ, en concordancia con los artículos 43 y 181 *eiusdem*, respectivamente, el esquema de distribución de competencia para conocer de la acción por carencia era bipartito: la CSJ –en única instancia– en el caso de funcionarios nacionales, y los Tribunales Superiores con competencia administrativa –en primera instancia– en el caso de funcionarios estatales y municipales. Ello así, la CPCA sólo intervenía para conocer en alzada de las decisiones emanadas en primera instancia de los citados Tribunales Superiores (Artículo 182, aparte único *eiusdem*).

Ahora bien, una interpretación posterior del sistema distributivo de competencias previsto en la mencionada LOCSJ, realizada por la extinta Corte en SPA, varió parcialmente el citado esquema bipartito, postulando la competencia residual de la CPCA para conocer de la acción por carencia incoada contra funcionarios nacionales distintos al Presidente de la República, a los Ministros y a los Jefes de las Oficinas de la Presidencia de la República³⁴. En criterio de la Suprema Corte, la interpretación amplísima de la expresión “funcionarios nacionales” contenida en el artículo 42.23 de la Ley Orgánica que regía al Supremo Tribunal era contradictoria con el esquema distributivo de competencias instituido por el legislador en materia de acción de nulidad por ilegalidad, que sólo reservó a la Corte Suprema “el conocimiento de las decisiones dictadas por los órganos ubicados jerárquicamente en los niveles más altos del

³⁴ Araujo J., J. (1996). *Principios generales del Derecho procesal administrativo*. Valencia: Vadell Hermanos.

Poder Ejecutivo Nacional”³⁵, asimilando el esquema distributivo de competencia en la acción por carencia, por una suerte de calco, al esquema distributivo de competencia en la acción de nulidad por ilegalidad, asistiéndose con las tesis del “paralelismo de competencias” y las “competencias implícitas”³⁶.

Esta postura de la extinta CSJ fue acogida parcialmente por la reciente LOTSJ, cuyo artículo 5/1.26 suprimió la genérica expresión contenida en el artículo 42.23 de la Ley derogada, reservando al Supremo Tribunal el conocimiento de las acciones por carencia, cuando la abstención o negativa provenga de:

– *Del Presidente o del Vicepresidente de la República, o de los Ministros* (los órganos ubicados jerárquicamente en los niveles más altos del Poder Ejecutivo Nacional, diría la extinta CSJ).

– De las “*máximas autoridades de los demás organismos de rango constitucional con autonomía funcional, financiera y administrativa*”: Supone el autor que refiriéndose al Fiscal General de la República, al Contralor General de la República y al Defensor del Pueblo (Art. 273 de la Constitución); al Consejo Nacional Electoral (Arts. 292 y 294 *eiusdem*)³⁷; al Banco Central de Venezuela (Art. 318 *eiusdem*); entre otros.

– Del “Alcalde del Distrito Capital”: Presume el autor que refiriéndose al Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas (coloquialmente conocido como Alcalde Mayor), máxima autoridad municipal de la unidad político-territorial Caraqueña, pues el autor imagina que el –por ahora– inexistente Distrito Capital, no será un gobierno de indole municipal.

Es lógico suponer que, tan pronto como se dicte la –de momento– inexistente Ley sobre la jurisdicción administrativa, se repartirá la competencia para conocer de la acción por carencia entre los restantes órganos de dicha jurisdicción, cuando se trate de funcionarios nacionales distintos a los previstos en el citado artículo 5/1.26 de la LOTSJ, y de funcionarios estadales y municipales.

2. Soluciones jurisprudenciales a las omisiones legislativas en materia de jurisdicciones administrativa y electoral: Repercusiones sobre la acción por carencia

El dilema actualmente planteado es que, la derogatoria de la LOCSJ, incluyendo lo atinente al régimen transitorio de la jurisdicción administrativa, por la Disposición Derogativa, Transitoria y Final (*sic*) Única de la reciente LOTSJ, ocasionó un vacío legislativo cuya interpretación apremiada llevó a pensar que las Cortes de lo Contencioso-Administrativo

³⁵ Sentencia del 02 de mayo de 1995, caso: *Horacio Velásquez Ferrer*. Citada por Carrillo A. *Op. Cit.* Pág. 56

³⁶ Sentencia del 14 de febrero de 1996, caso: *Amado Nell*. Citada por Carrillo A. *Loc. Cit.*

³⁷ En Sala Políticoadministrativa (Art. 5/1.26) o en Sala Electoral (Art. 5/1.45), según sea el caso.

y los Tribunales Superiores regionales ya no existen o simplemente desaparecieron de la jurisdicción administrativa³⁸, o en el mejor de los casos, que las Cortes de lo Contencioso-Administrativo y los Tribunales Superiores carecen de competencias hasta que se dicte la Ley sobre la mencionada jurisdicción.

En criterio del autor, la interpretación de la referida Disposición Derogativa desde los artículos 26 y 259 de la Constitución, obligan a concluir que, mientras no sea dictada la Ley sobre la jurisdicción administrativa –o el Reglamento de Sala Plena a que alude la Disposición Derogativa, párrafo segundo, literal “b”³⁹–, los ciudadanos tienen derecho de acceso a los órganos creados transitoriamente en dicha jurisdicción –las Cortes de lo Contencioso-Administrativo y los Tribunales Superiores– en todos aquellos supuestos que no se hayan reservado al conocimiento del TSJ, para anular los actos administrativos contrarios a derecho, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños patrimoniales por la Administración, y en general, para restablecer toda situación jurídica lesionada por la actividad administrativa.

Es más, añade el autor que, ante el vacío legislativo ocasionado por la entrada en vigencia de la LOTSJ, el órgano llamado a resolver la laguna es el TSJ en Sala Constitucional, el cual, debe declarar la inconstitucionalidad de la omisión en que incurrió la Asamblea Nacional, al derogar el régimen transitorio de justicia administrativa contenido en la LOCSJ, sin sancionar un régimen transitorio o definitivo que lo sustituyera, y entre los lineamientos correctivos, deberá declarar la nulidad parcial de la Disposición Derogativa de la mencionada Ley, en lo que atañe a ese aspecto, así como la vigencia ultractiva del régimen transitorio indebidamente derogado, con las adaptaciones que éste había sufrido en virtud de la Constitución de 1999 y de la jurisprudencia postconstitucional.

La postura del autor no es tan desquiciada si se toma en consideración que, mediante sentencia N° 091/2005, el propio TSJ en Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la omisión de la Asamblea Nacional, al no dictar la ley especial sobre el Régimen Prestacional de Empleo, no obstante haber derogado la Ley que regulaba la prestación de paro forzoso (Artículo 138 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social), ordenándole a la Asamblea que sancione una Ley reguladora del Régimen Prestacional de Empleo o, en su defecto, un régimen transitorio que solvete la situación lesiva al derecho constitucional a la seguridad social. Y asimismo, acordó medida cautelar innominada (*s/c*) que suspendió los efectos del artículo 138 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y declaró la ultra actividad del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regulaba el Subsistema de Paro

³⁸ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. (2004, octubre 05). N° 0039. Caso: *José Romero*. Caracas. Ponente: Iliana Contreras.

³⁹ Reglamento este que, como resulta obvio, sería violatorio de los artículos 156.32 y 259 constitucionales.

Forzoso y Capacitación Laboral, cautelarmente vigente a partir de la sentencia y hasta cuando la Asamblea Nacional ponga fin a la situación de mora legislativa.⁴⁰

El autor está consciente de la resistencia que genera su postura, pero es que de no ser así, quedarían temporalmente excluidos de control jurisdiccional todos aquellos supuestos de actividad o inactividad administrativa cuyo conocimiento no fue atribuido al TSJ, vulnerando, por consiguiente, garantías fundamentales del Estado de Derecho, como lo son el "principio de accionabilidad y el derecho implicado de obtener justicia"⁴¹ contra todo acto del Poder Público. Como acertadamente lo explicó Moles C., en 1977, el principio de accionabilidad tiene su fundamento e incluso llega a identificarse con el derecho a obtener justicia, resultando claro que se materializa mediante el proceso.

El imperativo de justicia –o sea, el de prestar tutela jurídica– inherente al Estado de Derecho, queda disminuido en la medida que su realización no sea expeditiva, pudiendo quedar gradualmente disminuido hasta el punto culminante de producirse una denegación de justicia.

En efecto, si el Estado tiene el deber de impartir justicia a todos, existe también un derecho correlativo para obtener su cumplimiento, con lo que su rechazo es un rechazo injusto. Así, el Estado que rechazara de cualquier manera que fuera su deber de juzgar aceptaría la perpetración de una injusticia; en otros términos, consentiría un acto contra su propio Ordenamiento Jurídico, abdicando entonces a su condición de Estado de Derecho.

Empero hay varias formas de producirse una denegación de justicia, que cubren la distancia entre la negativa pura y simple o la resistencia a juzgar, hasta otras variadas maneras que llevan en definitiva a los mismos resultados, *quedando entonces la denegación de justicia identificada con la frustración de la justicia*.

La manera más ostensible de [denegación de] justicia corresponde a los jueces o funcionarios que se negaren a fallar....

⁴⁰ Tribunal Supremo de Justicia: Sala Constitucional. (2005, marzo 02). N° 091. Caso: *Provea (Régimen del paro forzoso)*. Caracas. Ponente: Pedro Rondón Haaz. Es criticable, empero, que en vez de impartir lineamientos para corregir la omisión, como lo establece la Constitución de la República, el Tribunal haya dictado una "medida cautelar", cuya naturaleza es esencialmente preventiva y provisional, vigente durante el proceso, no pudiendo dictarse al final de éste.

⁴¹ Moles C. *Op. Cit.* Pág. 385.

Las demás formas de denegación de justicia no afectan a la persona de jueces, sino a *la estructura misma del Estado y al funcionamiento real de sus Poderes*. Por ello son más graves....

Primero: Hay denegación de justicia cuando *no es posible promover el proceso por no encontrarse previstos la acción o recurso en la Ley, o si ésta los excluyera o bien limitara su alcance....*

Segundo: El segundo supuesto de *denegación de justicia por frustración*, se produce cuando, *a pesar de que la acción o recurso están previstos en la Ley no pueden ejercitarse por faltar los órganos jurisdiccionales pertinentes*. Se trata entonces de una *falla en la organización o en el funcionamiento del aparato jurisdiccional*.⁴² (Itálicas añadidas).

O como lo explica una doctrina más reciente,

... allá donde se cierren los estrados judiciales, siquiera parcialmente, o donde, aunque sea algún órgano o persona o tipo de acto jurídico, no pueda ser enjuiciado por los tribunales cuando se le imputen transgresiones del ordenamiento jurídico, queda abierto, con mayor o menos intensidad, un boquete en la construcción del Estado de Derecho.⁴³

A juicio del autor, la Disposición Derogativa no preceptuó la inmediata supresión de los tribunales provisionales de la jurisdicción administrativa, por el contrario, la facultad conferida por dicha Disposición a la Sala Plena para reglamentar "el funcionamiento y la competencia de los tribunales respectivos [los de la jurisdicción constitucional, jurisdicción administrativa y jurisdicción electoral]", no obstante su inconstitucionalidad (*Vid.* Nota de pie N° 38), confirma la voluntad del legislador en que tales órganos –las Cortes y los Tribunales Superiores, en la jurisdicción administrativa–, continuaran funcionando hasta que se dicte la aspirada legislación sobre dicha jurisdicción.

Como acertadamente lo estableció la CPCA,

... *no existe norma alguna que de manera expresa las elimine [a las Cortes de lo Contencioso] y así como sus competencias tanto en sentido orgánico como material*, pues – se reitera– que no hay una norma posterior a la LOCSJ que contradiga la razón de ser y el funcionamiento de los aludidos Órganos Jurisdiccionales como parte integrante de la Estructura Organizativa del Contencioso Administrativo.⁴⁴ (Itálicas añadidas)

⁴² Moles C. *Op. Cit.* Págs. 386-388.

⁴³ Canova G., A. (1999). Tutela judicial efectiva, contencioso administrativo y Sala Constitucional. *Revista de Derecho administrativo*, 7. 15-61. Caracas: Editorial Sherwood

⁴⁴ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. (2004, octubre 05). N° 0039. Caso: *José Romero*. Caracas. Ponente: Iliana Contreras.

Desde luego, lo anterior no mitiga la derogatoria del régimen transitorio contenido en la LOCSJ, que efectivamente quedó derogado, sino que impone la vigencia ultractiva de los artículos 181; 182; 183 y 185 de dicha Ley, con base a los cuales, la CPCA, la recientemente creada Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo (CSCA) y los Tribunales Superiores continuarán ejerciendo provisionalmente sus competencias, sin perjuicio de lo previsto en la Constitución, en las leyes especiales o en la legislación y jurisprudencia postconstitucionales.

Un razonamiento parecido parece contenerse en otra sentencia de la CSCA⁴⁵, en la cual se señaló que la estructura actual de la jurisdicción administrativa comprende –o sigue comprendiendo– al TSJ-SPA, “cúspide de la jurisdicción”; a las Cortes de lo Contencioso, “en un nivel intermedio, con competencia nacional”; y a los Tribunales Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo, “a nivel regional”, haciendo notar dicha Corte Segunda que, por tener iguales competencias a las que tenía atribuidas la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, le corresponde conocer de todo aquello que no esté atribuido al TSJ ni a los Tribunales Superiores (competencia residual).

Más parecido aún es el razonamiento contenido en la ya referida sentencia N° 0039/2004 de la CPCA, parcialmente reproducidos en la sentencia subsiguiente⁴⁶:

... hasta tanto sea dictada la ley adjetiva especial en la materia, esto es, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, *al no existir Texto Normativo alguno que contemple o atribuya a otro Tribunal de la República Bolivariana de Venezuela las competencias que tenía asignadas este Órgano Jurisdiccional en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, en aras de garantizar a los justiciables el derecho constitucional a la Tutela Judicial Efectiva consagrado en el artículo 26 del Texto Fundamental, *se mantienen dichas competencias para las Cortes de lo Contencioso Administrativo...* (Itálicas añadidas).

Pero las decisiones definitivamente concluyentes, por su contenido y por el órgano del cual emanaron, son dos (2) recientes sentencias del TSJ-SPA⁴⁷, el cual, actuando en su condición de “ente rector de la jurisdicción contencioso-administrativa”, dejó establecido cuáles son los tribunales que integran dicha jurisdicción y delimitó el ámbito de competencias que

⁴⁵ Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. (2004, septiembre 29). N° 0012. Caso: *Zoraida Contreras y otros*. Caracas. Ponente: Jesús D. Rojas H.

⁴⁶ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. (2004, octubre 05). N° 0040. Caso: *Aeropostal*. Caracas. Ponente: Oscar Piñate.

⁴⁷ Tribunal Supremo de Justicia: Sala Políticoadministrativa. (2004, octubre 27). N° 1900. Caso: *Marlon Rodríguez*. Caracas. Ponente: Conjunta. Y Tribunal Supremo de Justicia: Sala Políticoadministrativa. (2004, noviembre 24). N° 2271. Caso: *Tecno Servicios Yes'Card, C. A.*. Caracas. Ponente: Conjunta.

deben serle atribuidas a los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo y a las Cortes de lo Contencioso-Administrativo,

... siguiendo a tales efectos y en líneas generales, *los criterios competenciales de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, así como las interpretaciones que sobre las mismas fue produciendo esta Sala, todo ello armonizado con las disposiciones de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, y los principios contenidos en el texto constitucional vigente. (Itálicas añadidas).

Sobre lo primero, la SPA estableció que –no obstante la derogatoria del régimen organizativo transitorio contenido en la LOCSJ– la jurisdicción administrativa general continúa organizada en tres niveles: i) El TSJ-SPA, en la cúspide de la jurisdicción; ii) Las Cortes de lo Contencioso-Administrativo, a un nivel intermedio, y con competencia nacional; y, iii) Los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo, a nivel regional.⁴⁸

Sobre lo segundo, la SPA asentó que, mientras se dicta la Ley que organice la jurisdicción administrativa, será competencia de los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo, entre otras, conocer “[d]e la abstención o negativa de las autoridades estatales o municipales, a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, de conformidad con ellas”, decisiones estas que, según la Sala, serán apelables ante las Cortes de lo Contencioso-Administrativo dentro de los cinco (5) días siguientes.⁴⁹

En otra parte, la SPA ratificó que las Cortes de lo Contencioso-Administrativo conocerán de las apelaciones que se interpongan contra las decisiones dictadas en primera instancia por los mencionados Tribunales Superiores, así como, de cualquier otra acción o recurso cuyo conocimiento le atribuyan las leyes. Y siguiendo los criterios competenciales de la derogada LOCSJ, uno de ellos el de residualidad (Artículo 185.3), corresponderá a las citadas Cortes conocer de las acciones por carencia que no sean de la competencia del TSJ ni de los Tribunales regionales.⁵⁰

Para complicar el prolijo marco jurisprudencial indicado, debe agregarse aquí lo establecido por el TSJ en Sala Electoral, mediante sentencia N° 002/2000 (la llamada “sentencia líder” del contencioso electoral), según la cual, dicha Sala estableció su competencia para conocer de los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra cualquier omisión de los órganos

⁴⁸ *Vid.* Sentencia N° 1900/2004.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Vid.* Sentencia N° 2271/2004.

del Poder Electoral⁵¹. No obstante, el artículo 5/1.45 de la LOTSJ reservó al conocimiento de la Sala Electoral, únicamente las omisiones relacionadas con la constitución, denominación, funcionamiento y cancelación de las organizaciones políticas; con la designación de miembros de organismos electorales; con el Registro Electoral Permanente; y con la postulación y elección de candidatos a la Presidencia de la República y a la Asamblea Nacional, pero pocos días después de entrar en vigencia la referida Ley, la propia Sala Electoral confirmó la sentencia N° 002/2000, contrariando el reciente dispositivo legal y ratificando que continuaría conociendo de toda omisión proveniente del Poder Electoral, independientemente del tema relacionado.⁵²

Así las cosas y sin perjuicio de las competencias que corresponden a la jurisdicción electoral y a las jurisdicciones administrativas especiales, considera el autor que, mientras no se dicte la Ley sobre la jurisdicción administrativa, el esquema de distribución de competencia para conocer de la acción por carencia es tripartito:

i) El TSJ –en única instancia y en SPA– debe conocer de las abstenciones provenientes del Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas o de los funcionarios nacionales a que se refiere el artículo 5/1.26 de la LOTSJ (Art. 5/1.26 de la LOTSJ);

ii) Las Cortes de lo Contencioso-Administrativo deben conocer en primera instancia de las abstenciones provenientes de funcionarios nacionales, en supuestos diferentes a los establecidos en los artículos 5/1.26 y 5/1.45 de la LOTSJ (*ex* artículo 185.3 de la derogada LOCSJ, aplicado ultractivamente), siendo apelables sus decisiones ante el TSJ en SPA; y,

iii) Los Tribunales Superiores deben conocer en primera instancia de las abstenciones provenientes de funcionarios estatales y municipales, siempre que en este último caso, no sea el Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas (*ex* artículo 183.1 de la derogada LOCSJ, aplicado ultractivamente), apelables estas decisiones ante las Cortes de lo Contencioso-Administrativo.

3. La competencia en la acción de inconstitucionalidad por omisión

Según se vio *ut supra*, los artículos 336.7 de la Constitución; 5/1.12; 5/1.13 y 5.2 de la LOTSJ, confieren competencia únicamente a dicho Tribunal en Sala Constitucional, para conocer la acción de inconstitucionalidad por omisión en los siguientes casos:

⁵¹ Citada por: Torrealba S., M. A. (2004). *El ámbito de competencias de la jurisdicción contencioso electoral en la Constitución de 1999*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. Pág. 73.

⁵² Tribunal Supremo de Justicia: Sala Electoral. (2004, mayo 27). N° 77. Caso: *Julián Niño*. Caracas. Ponente: Luis Martínez.

– Omisiones del Poder Legislativo Municipal, Estatal o Nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y,

– Omisiones de cualquiera de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango nacional, respecto a obligaciones o deberes establecidos directamente por la Constitución.

No se le confirió competencia a tribunal alguno para conocer de la acción de inconstitucionalidad por omisión cuando se trate de faltas de los órganos que ejerzan el Poder Ejecutivo estatal o municipal, respecto de las obligaciones o deberes establecidos directamente por la Constitución. La interrogante que inmediatamente surge es si, la futura Ley regulatoria de la jurisdicción constitucional puede o no, conferirle competencia a un tribunal distinto del TSJ en Sala Constitucional para conocer de tales omisiones.

Aparte de la exigua utilidad que ello tendría, dadas las escasas obligaciones directas que impone la Constitución a los órganos de los Poderes Ejecutivos estatal y municipal, considera el autor que, las únicas competencias en materia de justicia constitucional que la Constitución confiere a tribunales distintos del TSJ en Sala Constitucional son, el llamado control difuso (Artículo 334/2), que “obliga a todos los jueces de la República a desaplicar las leyes o normas contrarias a la Constitución, al resolver casos concretos”⁵³, y el conocimiento de la acción de amparo constitucional (Artículo 27), que impone a los jueces el deber de amparar a toda persona en el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales. Luce difícil sostener que la Ley sobre la jurisdicción constitucional pueda conferirle competencia a cualquier tribunal de la República, para ejercer dicha jurisdicción en supuestos distintos a los arriba mencionados.

IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Otro aspecto procesal que distingue a la acción por carencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión es la legitimación activa requerida para ser accionante o parte en el proceso.

Con respecto a la acción por carencia, tanto el artículo 42.23 de la derogada LOCSJ, como el 5/1.26 de la LOTSJ, se abstuvieron de prever la legitimación procesal activa requerida para ejercer la acción por carencia, siendo la doctrina y la jurisprudencia las que se han ocupado de precisarlo.

Inicialmente es posible sostener que, si como lo estableció la jurisprudencia, el procedimiento aplicable a la acción por carencia era el previsto para los juicios de nulidad contra actos particulares, la legitimación activa debía ser la establecida en el artículo 121 de la

⁵³ Casal H. (2004). *Op. Cit.* Pág. 87.

derogada LOCSJ, equivalente al artículo 21/9 de la LOTSJ, es decir, debe tenerse interés personal, legítimo y directo en la pretensión de condena.

Empero, Carrillo A. sostiene que la legitimación emerge desde el preciso instante en que la Administración desatiende o niega la solicitud hecha por el interesado para que cumpla con el imperativo legal específico y concreto, "lo que produce una legitimación activa especial, en cabeza del aludido *solicitante* para concurrir a la Jurisdicción Especial Contenciosa Administrativa al efecto de interponer el Recurso Especialísimo de Carencia"⁵⁴. En general, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que, "sólo el titular de un derecho subjetivo puede actuar frente a las abstenciones administrativas"⁵⁵, lo cual excluye –según Romero-Muci– que el titular de un interés personal, legítimo y directo ejerza la acción.

En criterio de Urosa M., la justificación de esta restricción es que, si el recurso por abstención "procede únicamente a fin de pretender la condena del cumplimiento de obligaciones surgidas *en el seno de relaciones jurídicas bilaterales*, sólo el titular de un derecho subjetivo frente a la Administración es quien puede exigir su cumplimiento"⁵⁶.

Con respecto a la acción de inconstitucionalidad por omisión, el artículo 336.7 de la Constitución igualmente se abstuvo de establecer la legitimación activa para ejercerla. Pero, si como también lo estableció la jurisprudencia, el procedimiento aplicable a la acción por carencia es el previsto para los juicios de nulidad contra actos generales, entonces la legitimación activa debe ser la establecida en el artículo 21/9 de la LOTSJ, es decir, basta con ser un simple afectado por la omisión legislativa, o lo que es lo mismo, la acción es de naturaleza popular.

En similar sentido se pronuncia Casal, quien expone que,

*... han de manejarse los mismos criterios de legitimación que rigen para la acción de inconstitucionalidad contra leyes, pues no encontramos razón alguna por la cual las posibilidades de acceso al control de las omisiones del legislador deban ser distintas a las del control de sus actos legislativos.... Esto implica que la acción directa contra las omisiones legislativas posee carácter popular, al ser ésta la legitimación tradicionalmente admitida en nuestro país para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad.*⁵⁷ (Itálicas añadidas).

⁵⁴ Carrillo A. *Op. Cit.* Pág. 18.

⁵⁵ Brewer, Romero-Muci, Suárez, Badell, entre otros, todos citados por Urosa M. (2003). *Op. Cit.* Pág. 313.

⁵⁶ Urosa M. (2003). *Op. Cit.* Pág. 314.

⁵⁷ Casal H. (2004). *Op. Cit.* Pág. 239.

Y asimismo lo considera Brewer, quien destaca que, a diferencia de la Constitución portuguesa, que restringe la legitimación al Presidente de la República, al *Ombudsman* y a los Presidentes de las Regiones Autónomas,

... en el texto de la Constitución de 1999 no se establece condicionamiento alguno a la legitimación, por lo que *tratándose de omisiones normativas, el mecanismo para impulsar su control puede recibir el mismo tratamiento de una acción popular*, es decir, bastaría el simple interés en la constitucionalidad para intentar la acción.⁵⁸ (Itálicas añadidas).

Por su parte, el TSJ en Sala Constitucional ha precisado que,

No aparece limitada en la norma constitucional, la iniciativa para activar el control de constitucionalidad que significa la declaratoria de inconstitucionalidad a que nos referimos, tampoco aparece determinada la legitimación activa para la interposición de la acción, ni señala la norma el alcance de los lineamientos para la corrección de la omisión, los que parecen quedar al arbitrio de la Sala Constitucional, ajustados a derecho... (Itálicas añadidas)

En virtud de lo cual, el mencionado Tribunal dejó establecido lo siguiente:

Ha sido criterio de la extinta CSJ, en Sala Plena, acogido por esta Sala Constitucional del TSJ, que el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad no requiere de mayores exigencias en la legitimación para poder actuar por lo que cualquier persona, natural o jurídica, posee la legitimación para ejercerla. *La acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo podría considerarse como una subespecie, de reciente creación, de la acción popular de inconstitucionalidad, atendiendo a lo cual, considera esta Sala que, en el presente caso, debe aplicarse el criterio antes referido...*⁵⁹ (Itálicas añadidas)

Ello así, el Tribunal ha ratificado recientemente que *"la legitimación activa puede ser reconocida en cualquier persona*, pues la acción de inconstitucionalidad por omisión es una subespecie de reciente creación positiva de la acción popular de inconstitucionalidad contra actuaciones de los órganos que ejercen el Poder Público" (N° 1168/2004. Itálicas añadidas).

De modo que, mientras en la acción por carencia, la legitimación activa es restringida, limitada al titular de un derecho subjetivo, en la

⁵⁸ Brewer C. (2004). *Op. Cit.* Pág. 100.

⁵⁹ *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia: Sala Constitucional, números 1556/2002 y 1582/2003, ya citadas, y (2002, agosto 19). N° 2011. Caso: *William Ojeda*. Caracas. Ponente: Jesús Eduardo Cabrera.

acción de inconstitucionalidad por omisión la legitimación es amplísima, de naturaleza popular.

V. CADUCIDAD

Como acertadamente lo explica Carrillo A.⁶⁰, una de las secuelas más significativas de haber aplicado por analogía a la acción por carencia, el procedimiento de los juicios de nulidad contra actos particulares, es la aplicación del lapso de caducidad para el ejercicio de aquella acción.

En efecto, mediante sentencias de la misma fecha, 13 de junio de 1991, una en el caso *Elias Sarquis*, otra en el caso *Rangel Bourgoín*⁶¹, la extinta CSJ en SPA estableció que la lógica más elemental obligaba a concluir que no sería congruente con el espíritu y propósito de la Ley, aceptar que la omisión de una autoridad administrativa a dictar algún acto particular fuese recurrible siempre y en cualquier momento, por tanto, existiendo un lapso para impugnar un acto de esta naturaleza, igual tratamiento procesal debe aplicarse a la omisión en dictarlo. Basado en este razonamiento, la Corte dispuso la aplicación de la causal de inadmisibilidad establecida en el artículo 134 de la derogada LOCSJ, esto es, el transcurso de seis (6) meses, contados a partir de la notificación de la negativa expresa, o del vencimiento de plazo para emitir el acto omitido.

Por el contrario, la acción popular de inconstitucionalidad, "precisamente por el carácter popular de la acción"⁶², podía intentarse en cualquier tiempo, tal como igualmente lo establecía el citado artículo 134. En consecuencia, siendo la acción de inconstitucionalidad por omisión una subespecie de la acción popular de inconstitucionalidad, según el reiterado criterio del TSJ en Sala Constitucional, del mismo modo, la acción por omisión podría intentarse en cualquier tiempo.

Actualmente, el artículo 21/21 de la LOTSJ reproduce el citado artículo 134 de la Ley derogada, siendo forzoso inferir que, mientras el ejercicio de la acción por carencia está sometida al plazo de caducidad de seis (6) meses previsto por el mencionado artículo 21/21, la acción de inconstitucionalidad por omisión puede ejercerse en cualquier tiempo, a tenor de la misma disposición legal.

VI. CONTENIDO DE LA SENTENCIA

Finalmente, el autor se referirá al contenido de la sentencia en el juicio por carencia y en el juicio de inconstitucionalidad por omisión, o lo que es lo mismo, a los poderes del Juez en cada uno de estos juicios.

Explica Urosa (2003, 418) que, si bien la sentencia de condena carece de una regulación legal acabada y expresa, las facultades del juez en este aspecto tienen fundamento en el artículo 259 Constitucional, que confiere

⁶⁰ Vid. Carrillo A. *Op. Cit.* Pág. 57.

⁶¹ Ambas citadas por Carrillo A. *Op. Cit.* Págs. 58-60.

⁶² Vid. Brewer C. *Op. Cit.* Pág. 203.

potestad al Juez administrativo para restablecer situaciones jurídicas lesionadas por la actividad administrativa. De allí que, el radio de acción de la sentencia de condena a actuación es amplísimo, pudiendo adoptarse cualquier medida que se requiera para restablecer plenamente la lesión causada por una omisión administrativa.⁶³ Sin embargo,

... en el marco del recurso por abstención el contenido y alcance de la condena a prestación resulta mucho más restringida, pues como consecuencia de la debida observancia del principio de congruencia, el contenido de la condena está delimitado por el contenido de la pretensión objeto del proceso y siendo que –como afirma ROMERO-MUCI– el recurso por abstención “tiene por sustrato una conducta precisa y concreta, de contornos preclaros, que es obligatoria para la Administración por imposición de una norma o cuerpo normativo expreso que el ente obligado se resiste a cumplir o que simplemente se abstiene de realizar”, *la decisión estimatoria de la pretensión se limitará a la condena a la Administración al cumplimiento de la obligación específica en los concretos términos previstos en la norma jurídica*, no siendo posible el enjuiciamiento de pasividades en el cumplimiento de obligaciones discrecionales o cuyos extremos no estén absolutamente definidos en su fuente jurídica.

En consecuencia, y en sentido muy similar al expuesto en el ordenamiento español, *la sentencia de condena a actuación administrativa alcanza, en el marco del recurso por abstención, la posibilidad del juez de condenar al cumplimiento de las obligaciones administrativas en los **justos términos** en que así lo contempla la norma jurídica.*⁶⁴ (Itálicas añadidas).

En efecto, si como tradicionalmente lo han sostenido la doctrina y la jurisprudencia administrativas, la acción por carencia procede solamente para condenar al cumplimiento de obligaciones estrictamente regladas y específicas, el Juez administrativo podrá condenar únicamente a ello y no a otra cosa, es decir, sólo al cumplimiento de las referidas obligaciones en los estrictos términos que la Ley lo establece, ergo, *“más que una verdadera condena a prestación, la sentencia se limita a dictar un mandato de cumplimiento de la norma jurídica”*⁶⁵.

Claro que, si como el TSJ en Sala Constitucional lo estableció recientemente ⁶⁶, el derecho constitucional de petición abarca el derecho a obtener oportuna y adecuada respuesta y la acción por carencia puede ejercerse para condenar al cumplimiento de la obligación administrativa

⁶³ Vid. Urosa M. (2003) *Op. Cit.* Pág. 418.

⁶⁴ Urosa M. (2003) *Op. Cit.* Pág. 419.

⁶⁵ Vid. Urosa M. (2003) *Op. Cit.* Pág. 421.

⁶⁶ Sentencia N° 547/2004, antes citada.

de responder las solicitudes administrativas, lo cual implica el cumplimiento de los concretos lineamientos que indique el fallo que resuelva sobre la acción por carencia, las posibilidades de condena del Juez administrativo podrían ampliarse según el alcance que éste le dé a la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

En todo caso, en el marco de lo que tradicionalmente ha sido la acción por carencia, comprobada su procedencia, el Juez administrativo podrá ordenar a la Administración Pública sublevada que realice el acto o conducta a que está específicamente obligada, o como máximo, podría dispensar al accionante del cumplimiento del acto, en cuyo caso, el fallo fungiría como sucedáneo, o sustitutivo de la actuación omitida.⁶⁷

A diferencia de lo que ocurre con la acción por carencia, la acción de inconstitucionalidad por omisión sí tiene una regulación constitucional y legal mínima que permite establecer el contenido de la sentencia y los poderes del Juez constitucional.

En efecto, a tenor del artículo 336.7 de la Constitución, comprobada la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión, el efecto inmediato consiste en que el Juez constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de la omisión, absoluta o relativa. Sin embargo, el mecanismo meramente declarativo haría un flaco favor al accionante, que no vería realmente satisfecha realmente su pretensión. Es por ello que la norma constitucional faculta al Juez para que, además del fallo declarativo, establezca el plazo dentro del cual deberá subsanarse la omisión declarada y, de ser necesario, establezca los lineamientos de su corrección.

Las posibilidades que confiere esta última potestad son tan amplias que, en criterio de Casal, debe ejercerse con suma prudencia y teniendo presente los límites de la jurisdicción constitucional, e incluso llevaron a que la Asamblea Nacional –seguramente influenciada por la supuesta extralimitación en que incurrió el TSJ al designar a los Rectores integrantes del Consejo Nacional Electoral, según el decir de una mayoría de Diputados– estableciese en el artículo 5/1.12 de la LOTSJ, que los lineamientos de corrección que puede establecer el Tribunal son los “*generales [y] esenciales...* sin que ello implique usurpación de funciones de otro órgano del Poder Público, o extralimitación de atribuciones”⁶⁸.

Entre la gama de posibilidades que ofrece al TSJ el artículo 336.7 Constitucional para resolver sobre la acción de inconstitucionalidad por omisión, en contraste con las parvas facultades del Juez administrativo para resolver sobre la acción por carencia, encontramos, primero, que si la cualidad de la regla constitucional lo consiente y, en concreto, si no retuvo para el legislador la tarea de valorar y escoger entre dos o más opciones

⁶⁷ Vid. Carrillo A. *Op. Cit.* Pág. 74.

⁶⁸ Vid. Casal H. (2004) *Op. Cit.* Pág. 239.

igualmente válidas de regulación, la omisión puede rebatirse por medio de la aplicación directa e inmediata de la disposición constitucional cuyo desarrollo no ha instrumentado aún el legislador ⁶⁹.

Otra posibilidad consiste en integrar el vacío normativo que la omisión haya originado, cuestión que se logra a través de la analogía, de los principios generales del Derecho contemplados en el ordenamiento local (autointegración), a los principios jurídicos generales, a los valores jurídicos y, de ser necesario, al Derecho extranjero⁷⁰, o a través de la llamada "jurisdicción normativa", una alternativa frecuentemente escogida por el TSJ en Sala Constitucional para dotar de eficacia inmediata a preceptos constitucionales que no han sido desarrollados legislativamente⁷¹.

En los supuestos de la legislación que por silencio excluye a determinada categoría de personas o de situaciones del ámbito de aplicación de un precepto que otorga algún beneficio, el Juez constitucional puede optar por dictar un fallo meramente declarativo, o agregar una remisión al legislador la tarea de subsanar la inconstitucionalidad, o una indicación a los jueces ordinarios para que integren provisionalmente la legislación en los casos concretos, e incluso una extensión inmediata del beneficio legislativo a la categoría de personas o de situaciones indebidamente omitidas por la legislación⁷², modalidad esta última que la doctrina italiana denomina "sentencias manipulativas o aditivas".

En fin, aparte del notorio contraste entre los poderes que tienen el Juez administrativo y constitucional, otra diferencia que podría establecerse entre los fallos que resultan de las acciones por carencia y de inconstitucionalidad por omisión estriba en sus efectos, en el primer caso, limitados al caso concreto objeto de la acción por carencia y a la satisfacción del derecho subjetivo lesionado, en el segundo, con efectos *erga omnes*, lo cual se traduce en que, declarada la inconstitucionalidad de alguna omisión legislativa, ello crea cosa juzgada y no es necesario que otra persona ejerza la acción de inconstitucionalidad por omisión para

⁶⁹ Vid. Casal H. (2004) *Op. Cit.* Pág. 217. Una norma que por su cualidad, hubiere admitido y admite una solución jurisprudencial de esta naturaleza es la prevista en la Disposición Constitucional Transitoria Cuarta, numeral 3, al menos en lo relativo al mandato de reformar la Ley Orgánica del Trabajo para integrar el pago de la prestación de antigüedad de forma proporcional al tiempo de servicio y calculado conforme al último salario devengado.

⁷⁰ Sagües, N. P. (1997). La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro. *Inconstitucionalidad por omisión*. Coord.: Víctor Bazán. 109-122. Bogotá: Editorial Temis. Pág. 116.

⁷¹ Vid. Casal H. (2004) *Op. Cit.* Pág. 221. Un buen ejemplo son los famosos casos: *Emery Mata Millán y Domingo Ramírez* (20 y 21 de enero del 2000), así como las sentencias números 007/2000 (Caso: *José Armando Mejía*), 332/2001 (Caso: *INSACA*), 1571/2001 (Caso: *ASODEVIPRILARA*), entre otras, incluso la reciente 1645/2004 (Caso: *Contraloría General del Estado Falcón*), comentada *ut supra*.

⁷² Vid. Casal H. (2004) *Op. Cit.* Pág. 211.

obtener la misma declaratoria de inconstitucionalidad. Esto último es –en criterio del autor– un reflejo del carácter popular de la acción de inconstitucionalidad por omisión.

Como puede observarse, los comentarios precedentemente expuestos están basados en lo que la doctrina y la jurisprudencia han establecido con respecto a las acciones de ilegalidad por carencia y de inconstitucionalidad por omisión, pudiendo variar éstos en función de lo que la futura jurisprudencia vaya estableciendo, o lo que establezca las leyes sobre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción constitucional.

Caracas, 02 de abril del 2005.